

CORTE DI CASSAZIONE -- Sez. III -- 22 gennaio 1999 n. 589

(Conferma App. Roma 14 novembre 1995).

L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale.

(Omissis) -- 3. Infondato e' anche il ricorso del Massa. Sul secondo motivo si e' gia' detto (2.2.).

Con il primo motivo il Massa lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed in particolare dell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c..

Ritiene il ricorrente, anzitutto, che e' stata affermata illegittimamente una responsabilita' solidale sua, medico dipendente della struttura ospedaliera, senza specificare a che titolo e sulla base di quale norma.

Ritiene il ricorrente che il diritto all'eventuale risarcimento del danno poteva essere esercitato dalla danneggiata esclusivamente nei confronti dell'ente ospedaliero, e non nei confronti del medico dipendente, il quale se, del caso, poteva rispondere del suo operato al suo datore di lavoro.

Secondo il ricorrente in ogni caso egli "non puo' essere condannato in solido ai sensi dell'art. 2043 c.c. in quanto tale previsione e' ascrivibile solo all'ente".

Inoltre, poiche' la sentenza impugnata ha ritenuto che gli effetti negativi dell'intervento erano riconducibili alla mancanza di diligenza e prudenza del primo chirurgo, in effetti essa ha ritenuto la sussistenza di una sua colpa lieve, per cui a norma dell'art. 2236 c.c., non poteva sussistere una sua responsabilita' civile, essendo la stessa limitata ai casi di dolo o colpa grave.

4.1. Quanto alla natura della responsabilita' professionale del medico, osserva preliminarmente questa Corte che, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di common law, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilita' nell'ambito della responsabilita' aquiliana (torts), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra detta responsabilita' nell'ambito contrattuale.

Invece controversa e' in giurisprudenza la natura della responsabilita' del medico dipendente di una struttura pubblica nei confronti del paziente.

Secondo un primo orientamento (Cass. 8 marzo 1979 n. 1716; Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141; Cass. 26 marzo 1990 n. 2428; Cass. 13 marzo 1998 n. 2750) l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attivita' diagnostica e la conseguente attivita' terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura.

Poiche' a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attivita' diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilita' del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico e' soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al

risarcimento del danno spettante al paziente si prescrive in cinque anni.

Costantemente si è affermato che la extracontrattualità dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica dell'art. 2236, in quanto la ratio di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito (Cass., Sez. un., 6 maggio 1971 n. 1282; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440).

4.2. Sennonché l'ascrizione dell'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non appare persuasiva.

Anzitutto proprio colui (il medico) che si presenta al paziente come apprestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un quisque). L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale.

Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come "rapporto", in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele.

Inoltre se la responsabilità del medico (dipendente) fosse tutta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo).

In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio alterum non laedere, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico.

Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è "peggiorato"), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione qua ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo), che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso.

Sennonché pacificamente anche coloro che considerano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente di natura extracontrattuale, ritengono poi che essa copra entrambe le situazioni suddette.

5.1. Secondo un altro orientamento, che trae origine da Cass. 1º marzo 1988 n. 2144, ma che è stato successivamente ribadito (Cass. 11 aprile 1995 n. 9152; Cass. 27 maggio 1993 n. 5939; Cass. 1º febbraio 1991 n. 977), la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale.

Premesso che lo Stato o altro ente pubblico, nell'esercizio di un servizio pubblico, predisposto nell'interesse dei privati che ne fanno richiesta, non esercita poteri pubblicistici, in quanto il privato,

fatta la richiesta del servizio, acquista un diritto soggettivo a cui corrisponde il dovere dello Stato o dell'ente pubblico di effettuare la prestazione, l'indirizzo in esame osserva che in questo caso si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un correlato dovere di prestazione, per cui la responsabilita' dell'ente pubblico verso il privato per il danno a questo causato per la non diligente esecuzione della prestazione non e' extracontrattuale, essendo configurabile questo tipo di responsabilita' solo quando non preesista tra il danneggiante ed il danneggiato un rapporto giuridico nel cui ambito venga svolto dal primo l'attivita' causativa del danno.

Pertanto nel servizio sanitario l'attivita' svolta dall'ente gestore a mezzo dei suoi dipendenti e' di tipo professionale medico, similare all'attivita' svolta nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale.

La responsabilita' dell'ente gestore del servizio e' diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio dell'immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danni al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio.

Dalla suddetta ricostruzione della responsabilita' dell'ente gestore del servizio sanitario pubblico (intesa, quindi come responsabilita' diretta) il predetto orientamento desume che vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilita' in tema di prestazione professionale medica in esecuzione a di un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'art. 2236 c.c.

In tal senso questo secondo indirizzo ribadisce la natura contrattuale della responsabilita' dell'ente gestore del servizio, anche se ne definisce, con maggior rigore, il fondamento dogmatico ed i limiti.

Quando passa a valutare la natura della responsabilita' del medico il predetto orientamento osserva che, per l'art. 28 cost., accanto alla responsabilita' dell'ente esiste la responsabilita' del medico dipendente; che tali responsabilita' hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, che, stante detta comune radice, la responsabilita' del medico dipendente e' come quella dell'ente pubblico di tipo professionale contrattuale; che pertanto ad essa vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilita' del medico in tema di prestazione professionale, in esecuzione di un contratto d'opera professionale.

5.2. Sennonche', questa tesi pur affermando la natura di responsabilita' contrattuale da parte del medico, pubblico dipendente, non ne spiega compiutamente il fondamento. Infatti non e' esaustivo il richiamo all'art. 28 cost., che si limita ad affermare una responsabilita' diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti con violazione dei diritti, rinviando pero' alle "leggi penali, civili ed amministrative". In altri termini detta norma non statuisce sulla natura della responsabilita', che e' rimessa alle leggi ordinarie, ma solo sulla natura diretta di essa.

Ne consegue, che, poiche' la legge civile tra l'altro contempla sia una responsabilita' contrattuale che extracontrattuale, il solo richiamo al citato art. 28 cost. non e' esaustivo del problema relativo alla natura della responsabilita' del medico dipendente.

Ne' la questione e' risolta per il richiamo al fatto che sia la responsabilita' del medico che quella dell'ente gestore "hanno radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria".

Infatti la natura di una responsabilita' (nella specie contrattuale o extracontrattuale) va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola.

Cio' comporta che una stessa condotta puo' violare due (o piu') precetti, uno di natura contrattuale ed uno di natura extracontrattuale, fondando quindi due diverse responsabilita'.

Infatti, nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del non-cumul), quale si e' venuto configurando per effetto del diritto vivente, vige il principio che e' ammissibile il concorso di responsabilita' contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per se' lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (Cass. 23 giugno 1994 n. 6064; Cass. 7 agosto 1982 n. 4437).

Ne consegue che se e' ammissibile a carico dello stesso soggetto il concorso della responsabilita' contrattuale e di quella extracontrattuale, a maggior ragione in via di pura ipotesi non potrebbe escludersi che uno stesso fatto (attivita' professionale del medico) integri a carico di un soggetto (ente gestore del servizio sanitario, in quanto allo stesso ascrivibile per effetto dell'immedesimazione organica) un'ipotesi di responsabilita' contrattuale ed a carico dell'autore del fatto un'ipotesi di responsabilita' extracontrattuale.

Pertanto il fatto che sia la responsabilita' del medico che quella dell'ente gestore del servizio sanitario abbiano "entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria", pur costituendo un importante elemento fattuale, non comporta necessariamente che le responsabilita' di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale di tipo professionale, come pare ritenere l'orientamento giurisprudenziale da ultimo indicato (che fa capo alla sentenza n. 2144/1988).

5.3. Probabilmente la stessa considerazione dell'unicita' della "radice" e' stata alla base dei tentativi di soluzione proposti da quella parte della dottrina che sostiene la natura contrattuale della responsabilita' del medico pubblico dipendente. Si e', infatti, osservato da alcuni che la responsabilita' del medico conseguirebbe all'applicazione della normativa relativa al contratto in favore di terzo, in quanto l'ente gestore del servizio sanitario -- nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico -- stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiedera' la prestazione sanitaria. Senonche', a parte numerosi altri piu' limitati problemi, qui vanno effettuate due osservazioni.

Anzitutto nella fattispecie in esame di medico dipendente pubblico non vi era un contratto tra l'ente gestore del servizio pubblico ed il medico, ma solo un rapporto di pubblico impiego. In ogni caso (e l'ipotesi va fatta tanto con riferimento ai medici dipendenti di ente pubblico, con contratto di natura privata, come puo' avvenire soprattutto per le posizioni apicali, c.d. "primari", quanto ai casi di medici dipendenti di privati -- "casa di cura" --) il soggetto danneggiato che agisce non aziona il "contratto" esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario (cioe' in senso lato il "contratto di lavoro"), ma aziona il diverso "contratto" intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non e' terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone un'azione di responsabilita' extracontrattuale per la lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, quale e' il diritto alla salute.

5.4. Quest'ultima obiezione impedisce anche di poter condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il

paziente). La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo, elaborata dalla dottrina tedesca e che ha trovato un riscontro anche nella giurisprudenza italiana (Cass. 22 novembre 1993 n. 11503), si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come accade sicuramente nel caso del paziente, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo.

5.5. In realtà, l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale.

Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

6.1. Un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come culpa in non faciundo, la quale da' origine a responsabilità contrattuale.

6.2. La soluzione merita di essere condivisa. Va subito rilevato che non si può criticare la definizione come "contrattuale" della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

Infatti la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative.

Suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, comma 1, 2332, comma 2; e 3, c.c., art. 3, comma 2, l. n. 756/1964), ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice "contatto sociale" (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi), si fa riferimento, in questi casi al "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale".

Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento -- art. 1173 c.c. -) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto).

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte -- individuata secondo lo schema dell'art. 1173 -- e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole

proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non e' il contratto.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In questi casi non puo' esservi (solo) responsabilita' aquiliana, poiche' questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (e' infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilita' e' necessariamente contrattuale, poiche' il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) cio' a cui era tenuto in forza di un precedente vinculum iuris, secondo lo schema caratteristico della responsabilita' contrattuale.

Un'eco di questa impostazione sembra ravvisarsi in Cass., Sez. I, 1^o ottobre 1994 n. 7989, secondo cui la responsabilita' extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, e' ipotizzabile unicamente una responsabilita' contrattuale.

6.3. Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione c.d. protetta (cioe' una professione per la quale e' richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che e' il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 cost.

Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioe' il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalita', ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attivita' in ogni momento (l'abilitazione all'attivita', rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attivita' sara' conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non puo' che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Cio' e' dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessita', che non puo' svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico e' obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non puo' essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.

La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non e' in grado di neutralizzare la professionalita' (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalita' ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui.

Proprio gli aspetti pubblicistici, che connotano l'esercizio di detta attivita', comportano che esso non possa non essere unico da parte del singolo professionista, senza possibilita' di distinguere se alla prestazione sanitaria egli sia tenuto contrattualmente o meno.

L'esistenza di un contratto potra' essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attivita' sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attivita' e' obbligatoria per legge, ad es. art. 593 c.p., Cass. pen. 10 aprile 1978 n. 4003, Soccardo).

In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potra' pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perche' a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attivita' sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potra' essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

Da tutto cio' consegue che la responsabilita' dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilita' a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto). 7.1. Questa soluzione della questione ovviamente produce i suoi effetti sui veri nodi della responsabilita' del medico e cioe' il grado della colpa e la ripartizione dell'onere probatorio.

Si e' sottolineato che sotto il profilo sistematico le norme sulla diligenza (art. 1176 c.c.) sono previste per tutti i tipi di obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte, per cui il concetto di colpa e' unitario.

Dottrina e giurisprudenza tendono, quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attivita' esercitata.

Pertanto la responsabilita' del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attivita' e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (Cass. 12 agosto 1995 n. 8845).

Infatti il medico-chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attivita' professionale e' tenuto ad una diligenza che non e' solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, ma e' quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilita' alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo.

Cio' comporta, come e' stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

7.2. Nella diligenza e' quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Comunemente si dice che trattasi di una diligenza in abstracto, ma cio' solo per escludere che trattasi di diligenza quam in suis, e cioe' della diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore.

Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilita' professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera.

In relazione a dette strutture tecniche va valutata la diligenza e quindi la perizia che al medico devono richiedersi, delle quali e' anche espressione la scelta di effettuare in sede solo gli interventi che possono essere ivi eseguiti, disponendo per il resto il trasferimento del paziente in altra sede, ove cio' sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a piu' gravi inconvenienti.

8. Riportata la responsabilita' del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilita' contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficulta', il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave senza la necessita' di effettuarne un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilita' extracontrattuale del medico dipendente (Cass. 11 agosto 1990 n. 8218; Cass. 7 maggio 1988 n. 3389; Cass. 5 aprile 1984 n. 2222), mentre e' dubbio che nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'analogia, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.

Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilita' professionale del medico-chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficulta', con esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Infatti, anche nei casi di speciale difficulta', tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; C. cost. 22 novembre 1973 n. 166).

Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.

In altri termini la limitazione della responsabilita' del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media (Cass. 11 aprile 1995 n. 4152), ovvero perche' la particolare complessita' discende dal fatto che il caso non e' stato ancora studiato a sufficienza, e non e' stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12 agosto 1995 n. 8845).

9. Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attivita' sanitaria come prestazione di mezzi, senza piu' farsi carico della natura della responsabilita' del medico. Essa ritiene che incombe al professionista, che invoca il piu' ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficulta', mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le modalita' di esecuzione ritenute inadeguate (Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 3 dicembre 1974 n. 3957).

Invece incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilita', che l'insuccesso dell'operazione non e' dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 30 maggio 1996

n. 5005; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; Cass. 11 aprile 1995 n. 4152). Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilit  del medico   sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

Cio' che preme mettere in rilievo   che, omologate le responsabilit  della struttura sanitaria e del medico come responsabilit  entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizioni tra i due soggetti, ne' per l'effetto una diversa posizione del paziente a seconda che agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente.

10. Da quanto sopra detto consegue   infondata la doglianza secondo cui andava affermata la sola responsabilit  dell'ente gestore del servizio ospedaliero, in quanto, accanto alla stessa, di natura contrattuale, ben poteva concorrere quella di eguale natura del medico dipendente.

Detta responsabilit  andava accertata, come ha fatto la sentenza impugnata, applicando i principi che presiedono alla responsabilit  nella prestazione d'opera intellettuale. Avendo la sentenza ritenuto, come ammette lo stesso ricorrente, che gli effetti negativi dell'intervento fossero da ascrivere ad una mancanza di diligenza e prudenza dello stesso, non poteva operare la riduzione di responsabilit  prevista dall'art. 2236 c.c., che, come si   detto,   relativa alla sola ipotesi di mancanza di perizia.

In ogni caso, perche' si potesse applicare la limitazione della responsabilit  prevista dall'art. 2236 c.c., gravava sul medico ricorrente l'onere di eccepire (e poi di provare) nelle fasi di merito che l'intervento implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficult .

Invece -- a parte il rilievo, mosso dalla controricorrente Quirinis, che nel giudizio di appello non   stata invocata la limitazione di responsabilit  di cui all'art. 2236 c.c. alla sola ipotesi di colpa grave, ma   solo stata affermata l'assoluta mancanza di responsabilit , con conseguente inammissibilit  del motivo di ricorso per la novita' della questione -- va in ogni caso rilevato che neppure in questa sede il ricorrente sostiene che l'intervento chirurgico implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficult , mostrando invece di ritenere che la responsabilit  del prestatore d'opera professionale intellettuale sia sempre assistita dalla limitazione dell'art. 2236 c.c.

Come si   detto sopra, cio'   errato, poiche' detta limitazione   relativa alle sole ipotesi di prestazioni di particolare difficult  (da intendersi nei termini sopra detti) ed attiene non alla negligenza ed imprudenza, ma all'imperizia. (Omissis)